

Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos

Autor: Roger Raupp Rios

Juiz Federal

publicado em 28.08.2009

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

Introdução

Nos últimos anos, constata-se um crescimento de demandas judiciais que pleiteiam o fornecimento de medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Essas ações, intentadas perante a Justiça Federal e a Justiça Estadual, revelam diversidade de autores (individuais e institucionais), multiplicidade de prestações requeridas (medicamentos e tratamentos) e distintas modalidades de proteção judicial (tutela individual e coletiva).

Essas demandas judiciais são de extrema significação. Do ponto de vista jurídico, elas reclamam a realização não só de uma norma constitucional que veicula um direito fundamental com eficácia jurídica imediata, mas de um direito fundamental social, cuja natureza prestacional positiva implica uma série de desafios práticos e disputas teóricas. Do ponto de vista da saúde pública, elas apontam as compreensões e as tensões atinentes aos princípios norteadores das políticas de saúde pública e as consequências de sua implementação, com desdobramentos decisivos no direito à saúde dos indivíduos e no desenvolvimento de tais políticas.

Diante disso, este artigo objetiva situar o debate jurídico travado no exame de pedidos judiciais de medicamentos, especialmente daqueles não disponibilizados pela Administração. Trata-se de uma hipótese emblemática na discussão acerca da eficácia imediata do Direito Constitucional à saúde e suas consequências nas políticas públicas, dado o volume crescente de demandas, as compreensões e as incompreensões acerca do conteúdo jurídico do direito à saúde e sua relação com os princípios informadores das respectivas políticas públicas.

Para tanto, a primeira parte deste artigo cuida de alguns aspectos do regime normativo do direito à saúde na Constituição da República de 1988, apresentando suas dimensões individual e coletiva, os princípios constitucionais informadores das políticas de saúde pública e as modalidades de atuação judicial na área. A segunda parte debruça-se sobre os argumentos evocados nas demandas judiciais com o objetivo de fornecer medicamentos não disponibilizados pelo SUS, indicando alguns requisitos pertinentes a tais pedidos.

1 Direito à saúde na constituição: eficácia, princípios informadores da política pública, dimensões e modalidades de atuação judicial

Nesta seção, delineiam-se os traços fundamentais do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, com ênfase na eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais informadores da política pública.⁽¹⁾ Essa caracterização é fundamental para que se entenda o conteúdo jurídico do direito à saúde no ordenamento brasileiro, coordenada para a efetivação das políticas públicas, inclusive no que diz respeito à concessão de medicamentos. Tais normas são diretrizes para a atividade legislativa e executiva, bem como guia indispensável para a discussão desses direitos perante o Judiciário.

1.1 Eficácia direta e imediata do direito fundamental social: o direito à saúde e as prestações originárias e derivadas

Dizer que o direito à saúde é um direito fundamental significa dizer, em primeiro lugar, que ele vincula os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e que ele não pode ser subtraído da Constituição, nem mesmo por emenda constitucional; também implica admitir que, no exercício desses poderes e dentro dos limites da realidade, o Estado brasileiro deve fazer o possível para promover a saúde. Isso é o que a doutrina jurídica costuma referir, já que diz tratar-se de uma “norma tipo princípio de direito fundamental.” Direitos fundamentais veiculados e normas tipo princípio ordenam que os Poderes Públicos façam todo o possível para efetivá-los, uma vez que sua observância só se dá quando tudo aquilo que é possível, fática e juridicamente, é prestado. São, como resume a doutrina, mandatos de otimização (Alexy, 1997, p. 86).

A consequência disso é que a Constituição impõe aos Poderes Legislativo e Executivo, de modo imediato, direto e em primeiro lugar, o fornecimento da maior prestação possível em face do direito à saúde. Significa que esses Poderes têm o dever de desenvolver e executar as políticas públicas de saúde mais eficazes e abrangentes possíveis.

Trata-se, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, do cumprimento de uma atividade que concretize os direitos fundamentais, propiciando aos cidadãos o gozo e o exercício dos denominados direitos derivados, ou seja, de “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes” (Canotilho, 1999, p. 479).

O direito à saúde também tem eficácia direta e imediata em face do Poder Judiciário que, diante das políticas públicas definidas e implementadas, tem o dever de garantir aos cidadãos os direitos subjetivos e em toda a sua extensão ali previstos. Essa eficácia imediata e direta do direito fundamental à saúde vai além, para o Poder Judiciário: diante de uma política pública definida legislativamente e bem executada pela Administração, ele pode ser chamado a definir se o conteúdo jurídico do direito à saúde alcança alguma outra prestação positiva, vale dizer, aferir a existência de direito decorrente diretamente da Constituição (direito originário à prestação de saúde) a alguma prestação de saúde, observadas as condições jurídicas e fáticas pertinentes. Isso é o que ocorre na maioria das ações, pleiteando o fornecimento de medicamentos: um provimento judicial que afirme a eficácia originária do direito à saúde a fim de obrigar a Administração a conceder medicação além daquilo que foi definido e previsto nas listas oficiais de medicamentos.

Sustentar diversamente, negando qualquer possibilidade de eficácia originária do direito à saúde, implica sujeitar a força normativa da Constituição à legislação e à administração que, por suas próprias e exclusivas forças e decisões, acabariam por definir o conteúdo jurídico da norma de direito fundamental.

Sendo assim, fica superada a objeção segundo a qual, por princípio, é inviável o reconhecimento do direito a determinada prestação de saúde, uma vez que tal direito somente alcançaria, em todos os casos e hipóteses, o que estiver previsto nas políticas públicas definidas e executadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Essa defesa vislumbra, no direito à saúde, norma com eficácia limitada às atuações legislativa e administrativa, sem as quais não haveria como se exigirem prestações positivas derivadas diretamente da Constituição. Tal raciocínio, todavia, não procede em face da força normativa da Constituição e dos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, bem como diante do estágio atual de desenvolvimento dos direitos fundamentais.

De fato, em sua primeira geração de direitos, o constitucionalismo clássico não previa direito a prestações positivas fáticas por parte do Estado; porém, com o desenvolvimento do Estado Social e seus reflexos no Direito

Constitucional, foram consagrados tais direitos, conhecidos como direitos sociais, titularizados pelos indivíduos, “a segunda geração dos direitos fundamentais.” A dinâmica social e jurídica foi ainda mais além, inaugurando-se a terceira geração de direitos fundamentais: consagrou-se a proteção coletiva desses direitos individuais e a proteção de direitos coletivos, agora de titularidade metaindividual.(2)

Como referido anteriormente, a compreensão de que o direito à saúde é norma meramente programática e, portanto, incapaz de produzir direitos e deveres entre os cidadãos, individual ou coletivamente, e o Estado já foi superada no atual estágio do constitucionalismo contemporâneo.

Com efeito, ainda que não haja dúvida quanto à relevância da tarefa da legislação e da administração no desenvolvimento do direito à saúde, sem o que sua efetividade para a coletividade fica em muito comprometida, a doutrina também reconhece a possibilidade da eficácia direta de direitos fundamentais sociais, pelo menos em casos nos quais as prestações são de suma importância para seus titulares e não há risco de crise financeira muito grave (Alexy, 1997, p. 494). Pode-se, nesse sentido, afirmar a eficácia de direitos fundamentais sociais, incluindo-se, pelo menos, um mínimo de assistência médica que prevaleça quando ponderada em face de outros princípios, como a competência orçamentária do Parlamento (Sarlet, 1999).

A jurisprudência de tribunais constitucionais também vai ao encontro dessa ideia. Citam-se duas cortes nacionais cuja pertinência é direta para a compreensão do caso concreto: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional da Colômbia, respeitado tribunal latino-americano que enfrenta realidade institucional, econômica e social próxima da brasileira.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que (AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, DJU 24.11.2000, relator Ministro Celso de Mello):

“1. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

2. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atenção no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

3. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (Grifo do autor)

Por sua vez, a Corte Constitucional da Colômbia decidiu pelo direito à prestação positiva de saúde, decorrente diretamente da Constituição, titularizado por cidadão submetido a uma situação de necessidade vital

cujas não satisfação lesa sua dignidade em grau elevado.(3)

Nessa linha, não há atuação judicial como “legislador positivo”, em invasão da competência constitucional do Parlamento ou da Administração. Trata-se, ao contrário, de respeitar a eficácia do direito já existente, que é o direito fundamental, previsto na “Lei das leis”: a Constituição. Cuida-se, desse modo, não de ultrapassagem dos limites da atribuição constitucional da jurisdição, mas, ao contrário, do cumprimento da mais importante missão dos juizes e tribunais, que é zelar pelos direitos fundamentais.

Tendo presente a eficácia dos direitos fundamentais sociais, em que se insere de modo emblemático o Direito Constitucional à saúde, é importante explicitar as modalidades de atuação judicial, objetivando a observância desse direito, quadro, inclusive, que terá consequências quando se examinar, mais adiante neste artigo, a hipótese do fornecimento de medicamentos. Por enquanto, importa indicar, ainda que sucintamente, o conteúdo dos princípios constitucionais da universalidade e da integralidade, informadores das políticas públicas de saúde.

1.2 Princípios constitucionais informadores das políticas públicas de saúde: universalidade e integralidade

A adequada compreensão dos conteúdos jurídicos dos princípios constitucionais informadores das políticas públicas de saúde é relevante para a determinação das exigências do direito à saúde no âmbito do SUS e para a apreciação de suas consequências diante de pedidos judiciais de medicamentos.

Dentre esses, destacam-se os princípios da universalidade e da integralidade.

Universalidade

O princípio constitucional da universalidade nas políticas públicas de saúde requer a prestação de serviço público de saúde ao alcance de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (artigo 5º, *caput* da CF/88), titulares de direitos fundamentais sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde (artigo 6º).

Formulado como garantia de “acesso universal e igualitário” às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF/88, artigo 196), também está presente no inciso I do artigo 194, que dispõe sobre a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social. No direito brasileiro, à universalidade se relaciona a gratuidade no acesso aos serviços, configuração expressamente atribuída à política pública instituída por meio do SUS (Carvalho; Santos, 1995).

Associadas universalidade e gratuidade, a política pública de saúde se afasta da “focalização” segundo a qual o acesso aos bens e serviços no sistema de saúde público deveria atender somente aos mais pobres. A opção pelo caminho da saúde pública e universal, aponta Octávio Ferraz, prestigia objetivos de “maior coesão social (todos, independentemente da condição econômica, compartilham os mesmos serviços) e [...] evita ainda a estigmatização e a queda de qualidade que necessariamente acompanham os serviços públicos destinados exclusivamente aos mais pobres” (Ferraz, 2008).

Por fim, registro que o direito à saúde, regido pela dicção constitucional que ordena o “acesso universal igualitário” (art. 196), reclama o respeito e a observação das diferentes situações experimentadas pelos indivíduos e grupos quando do desenvolvimento das políticas públicas. Numa sociedade plural e diversa, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica e geográfica presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz

de atendê-los. Nessa linha de pensamento, pode-se falar num direito difuso a um sistema de saúde que conjugue medidas genéricas e medidas específicas (que considerem a especificidade de cada grupo) de prevenção e promoção da saúde, como aponta, por exemplo, a ideia de redução de danos entre usuários de drogas (Bastos; Mesquita; Marques, 1998). Outras situações também podem ilustrar essa realidade, como também demonstram campanhas dirigidas a profissionais do sexo e homossexuais.

Esse último sentido da universalidade pode ser relacionado a um dos sentidos do princípio da integralidade, como será visto a seguir.

Integralidade

Outro dos princípios constitucionais informadores das políticas públicas de saúde que demanda uma compreensão adequada é a integralidade, prevista nas seguintes letras pelo texto constitucional:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.” (Constituição, 1988)

A transcrição integral do artigo onde se insere a expressão “atendimento integral” não é gratuita. Objetiva chamar a atenção para a compreensão da integralidade, evitar uma atitude médica fragmentada diante dos pacientes e coordenar os diversos serviços médicos, assistenciais e sociais, sem deixar de lado a organização administrativa e a cooperação entre as diversas esferas de ação governamental envolvidas no desenvolvimento do SUS (Mattos, 2008).

Nesse sentido, a integralidade requer racionalização do sistema de serviço de modo hierarquizado, buscando articular ações de baixa, média e alta complexidade, bem como humanizar os serviços e as ações do SUS (Brasil, 2000).

Não se deve, portanto, confundir a observância da integralidade com uma visão reducionista do direito à saúde ao fenômeno da chamada “farmaceuticalização” da política de saúde. A “farmaceuticalização”, ao contrário da perspectiva da integralidade, aprofunda os riscos da fragmentação, contra os quais esta se contrapõe de modo direto e explícito, sendo, ao mesmo tempo, incapaz de promover a efetiva melhoria das condições de saúde e altamente dispendiosa para os cofres públicos (Biehl, 2008).

Tendo presente a eficácia dos direitos fundamentais sociais e os princípios informadores das políticas públicas, é preciso explicitar as dimensões do direito à saúde e as modalidades de atuação judicial, objetivando sua observância, bem como as consequências e potencialidades que daí fluem, tanto para as demandas visando ao fornecimento de medicamentos quanto para a política pública como um todo.

1.3 Dimensões objetiva e subjetiva e titularidade individual e transindividual do direito à saúde: modalidades de atuação judicial

Dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental à saúde

Os direitos fundamentais têm dimensões objetiva e subjetiva. No primeiro caso, cuida-se de determinados conteúdos que a norma de direito fundamental agrega ao ordenamento jurídico estatal, sem depender de sua titularidade em concreto por qualquer indivíduo ou grupo em uma relação social e jurídica específica; no segundo caso, trata-se de identificar

quais os direitos e deveres, prestações e encargos, que determinado indivíduo ou grupo experimentam subjetivamente em relações intersubjetivas concretas. A relevância dessa dupla dimensão é muito grande.

Desse modo, o direito fundamental à saúde, protegido de modo objetivo, implica a existência de deveres dos Poderes Públicos na organização e no desenho institucional das políticas públicas de saúde, não só em relação às atribuições dos entes federados relativas à participação de cada um no SUS, mas também aos deveres e à responsabilidade da iniciativa privada quando atuante na área da saúde. A dimensão objetiva também implica, por exemplo, a proibição de legislação que venha a excluir determinada dimensão do conceito constitucional de saúde das políticas públicas (por exemplo, uma opção exclusiva pela medicina curativa estritamente farmacêutica em detrimento de medidas preventivas mais amplas). Atinge, também, a correta compreensão de princípios constitucionais informadores das políticas públicas, como a integralidade, a universalidade e a não discriminação (Rios, 2008).

Já a dimensão subjetiva, relativa aos direitos e deveres dos titulares à saúde, sejam eles indivíduos, sejam agrupamentos, tem incidência cotidiana e decisiva na vida de inúmeros cidadãos que se utilizam dos serviços de saúde, especialmente públicos. No que diz respeito ao objeto da segunda parte deste estudo – acesso a medicamentos por via judicial, – trata-se da dimensão que fundamenta tais demandas, com fortes consequências para a execução das políticas públicas.

Em face de tal dimensão, de modo especial e de forma concreta, é que o trabalho ordinário dos juízes e tribunais deve definir os requisitos pertinentes ao gozo desses direitos, bem como realizar os juízos de ponderação entre os vários princípios jurídicos envolvidos. Ainda quanto à dimensão subjetiva, é necessário distinguir a titularidade individual ou coletiva dessa espécie de tutela judicial, tendo em vista as consequências de cada hipótese no momento processual (se em juízo inicial, liminar, ou somente ao final do processo, com trânsito em julgado) em que requerido o fornecimento de medicação.

Titularidade do direito à saúde e modalidades de proteção judicial

A estrutura normativa do direito à saúde, informada por suas dimensões objetiva e subjetiva, requer atenção especial para a legitimidade ativa em defesa de e visando à promoção das prestações pertinentes a esse direito fundamental social, seja na busca de seus efeitos originários, seja na reclamação pelos direitos derivados.

Sendo assim, pode-se traçar o seguinte quadro, objetivando conjugar as dimensões do direito (objetiva e subjetiva), suas eficácias (originária e derivada) e a sua titularidade (individual e coletiva):

1. o direito à saúde possui as dimensões objetiva e subjetiva, tendo titularidade individual e transindividual;
2. em sua dimensão objetiva, pode ser objeto de proteção judicial pelos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, sendo a legitimação processual ativa definida na Constituição, objetivando a defesa do Direito Constitucional à saúde em si mesmo;
3. em sua dimensão subjetiva, o direito à saúde é direito individual, denominado pelos juristas como “direito subjetivo público”, isto é, direito de alguém exigir certa prestação estatal e direito transindividual, em suas duas subespécies: direito coletivo e direito difuso;
- 3.1. há direito coletivo quando certo grupo, com determinação relativa decorrente da participação em uma relação jurídica-base, pode obter proteção para toda classe representada, não podendo haver satisfação ou prejuízo senão de forma que afete a todos os membros dessa determinada

classe; há direito difuso quando, pela indeterminação de seus titulares, cuja ligação decorre somente de mera circunstância de fato, pode-se obter proteção para todo o grupo. Exemplo: moradores de uma mesma região, diante de determinada epidemia, a exigir medidas preventivas e sanitárias.

Esse panorama reafirma a dupla condição do direito à saúde como direito individual e direito coletivo, sendo passível de proteção judicial sempre que lesões afetarem tanto a esfera subjetiva do titular do direito enquanto indivíduo, quanto violarem a esfera metaindividual dos direitos coletivos ou difusos à saúde. Essa constatação tem especial relevância em face de demandas objetivando o direito ao fornecimento de medicamentos pelo SUS.

Com efeito, admitindo-se a eficácia direta e imediata do Direito Constitucional à saúde, bem como a possibilidade de prestações originárias desse direito, não há como rejeitar, em tese, hipótese em que o indivíduo, titular do direito fundamental social, atendidas certas condições e realizada a ponderação dos princípios e bens constitucionais envolvidos, tenha direito subjetivo definitivo à prestação fática de determinado medicamento. Sustentação contrária importa em negativa à força normativa da Constituição, especialmente valorizada quando se trata de direito fundamental, ao que se acresce a garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Assentadas essas premissas, pode-se avançar na análise do fornecimento de medicamentos pelo SUS em virtude de demandas judiciais como hipótese emblemática dos desafios que a efetividade do direito à saúde coloca aos operadores jurídicos na perspectiva da força normativa da Constituição.

2 Demandas judiciais e fornecimento de medicamentos

O fornecimento de medicamentos pelo SUS por força de decisões judiciais é hipótese privilegiada para a análise da eficácia direta do direito fundamental à saúde. De fato, experimenta-se, nos últimos anos, crescente ajuizamento de medidas judiciais requerendo tal espécie de prestação, tanto em ações individuais quanto em ações coletivas.

Com efeito, trata-se de litígios em que são disputados os principais argumentos favoráveis e contrários à eficácia originária do direito à saúde. Saliento que esta análise centra-se nos pleitos de fornecimento de medicação não prevista na legislação ou na organização administrativa vigentes. Outras demandas, nas quais se reclama a correta execução das políticas já desenhadas pela legislação e regulamentadas pela Administração, não ensejam o exame da eficácia direta e imediata do direito à saúde, no seu conteúdo originário.

Além disso, essas demandas geram intenso debate doutrinário e jurisprudencial, dado seu impacto decisivo não só na saúde e, muitas vezes, no próprio direito à vida dos demandantes, como também nas responsabilidades e nos encargos dos gestores do SUS. É inegável, portanto, a importância do tema, especialmente num contexto onde, não raro, as posições jurídicas favoráveis e contrárias revelam uma polarização excessiva: para alguns, toda e qualquer pretensão relativa à prestação fática de saúde parece estar contida no direito à saúde previsto na Constituição, enquanto outros acabam por esvaziar a força normativa do direito fundamental, restringindo-o tão somente àquilo que a legislação e a regulamentação infraconstitucionais dispõem (Barroso, 2008).

Daí a urgência e a relevância da busca por critérios jurídicos e considerações fáticas que orientem a atividade judicial em face dessas demandas cujas diretrizes também são fundamentais para a atividade legislativa e administrativa, que têm o compromisso de concretizar o Direito Constitucional.

2.1 O direito à saúde e a concordância prática entre direitos fundamentais e bens constitucionais

A força normativa da Constituição exige que se compreendam os direitos fundamentais, deles se extraindo os maiores efeitos possíveis e evitando interpretações que impliquem restrição desnecessária a outros princípios constitucionais ou ofensa a direitos fundamentais de outros indivíduos e grupos.

Nessa dinâmica, os direitos subjetivos definitivos a determinada prestação fática resultam da ponderação de diversos direitos fundamentais que, em abstrato, vão ao encontro do bem da vida pleiteado (que, em princípio, alcançaria todas as prestações relacionadas ao seu objeto) com outros direitos e princípios contrapostos. Esses direitos definitivos decorrem da concordância prática entre todos esses princípios e bens constitucionais, a ser perseguida por meio da proporcionalidade.⁽⁴⁾

Sendo assim, cumpre concretizar o direito ao fornecimento de medicamentos a partir de uma compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais que tenha seu ponto de partida nos direitos à vida, à saúde, ao respeito à dignidade humana e à liberdade fática, opondo-lhes, quando for o caso e somente se necessário, as restrições trazidas por outros direitos e bens constitucionais. Esse procedimento, no âmbito da contemporânea teoria dos direitos fundamentais, pode ser denominado método hermenêutico constitucional contextual, para utilizar a expressão de Juan Carlos Gavara de Cara, pois parte da própria Constituição, da conexão e da inter-relação entre as diversas normas de direitos fundamentais. Em suas palavras:

“La formación de una interpretación sistemática de los derechos fundamentales no puede dar lugar a la formación de un sistema que sea axiomático o lógico deductivo, sine que debe ser el resultado del análisis de las disposiciones de los derechos fundamentales, sus contenidos y las conexiones con otras normas constitucionales.” (Gavara de Cara, 1994, p. 116)

Sem a pretensão de um rol exaustivo, para os fins deste estudo destacam-se, de um lado, o direito à vida, à saúde, o respeito à dignidade humana e à liberdade fática, em contraposição à competência orçamentária do legislador, ao princípio democrático, à reserva do possível e à eficiência da atividade administrativa.

Na concretização dessas normas, informada pelos princípios da universalidade e da integralidade que informam o SUS, é preciso atentar para que:

- eventual provimento judicial concessivo de medicamento acabe, involuntariamente, prejudicando a saúde do cidadão cujo direito se quer proteger, em contrariedade completa com o princípio bioético da beneficência, cujo conteúdo informa o direito à saúde;
- eventual concessão não cause danos e prejuízos relevantes para o funcionamento do serviço público de saúde, o que pode vir em detrimento do direito à saúde de outros cidadãos;
- não haja prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios constitucionais da competência orçamentária do legislador e das atribuições administrativas do Poder Executivo, em contrariedade ao princípio da concordância prática na concorrência de direitos fundamentais;
- seja possível a universalização do conteúdo do provimento judicial eventualmente concessivo da medicação pleiteada, em atenção ao princípio constitucional da universalidade, que informa o direito à saúde na Constituição;

- o impacto financeiro da prestação requerida não seja de tal monta que implique ônus inviável de atendimento, dada a programação e a execução financeiras do ente demandado.

A primeira situação pode ocorrer quando a prescrição medicamentosa, mesmo bem intencionada por parte do médico, adotar medicação cujo efeito, igual ou mais benéfico à saúde, for alcançado mediante medicamento já fornecido pelo SUS ou, ainda que não fornecido, nos casos de necessidade grave por parte do cidadão, quando for de aquisição menos dispendiosa por parte do Poder Público.

A segunda preocupação diz respeito diretamente à concretização dos direitos fundamentais concorrentes, uma vez que eventual concessão judicial pode implicar dificuldades e obstáculos relevantes para a regularidade administrativa na prestação da política pública, o que pode causar prejuízo ao direito de saúde de outros indivíduos e grupos. Todavia, há de se salientar que decisões judiciais podem reforçar o desenvolvimento adequado da política, especialmente quando entraves e dificuldades paralisam a ação administrativa. **(5)**

A terceira consideração, por sua vez, já foi salientada acima, ao analisar-se a ponderação indicada pela doutrina e pela jurisprudência da intensidade das consequências de determinado provimento judicial que garante direito originário à saúde diante da competência orçamentária do Parlamento e das diretrizes administrativas no desenvolvimento da política pública e que contam, inclusive, com a participação da sociedade civil, por intermédio dos Conselhos de Saúde existentes nos diversos níveis da Federação.

Já a possibilidade de extensão aos eventuais beneficiários de idêntica prestação de saúde, pertinente ao princípio constitucional da universalidade, deve ser entendida a partir de evidências e estimativas fáticas indicadoras do quantitativo de indivíduos potencialmente necessitados da prestação requerida.

A quinta ponderação se relaciona à “reserva do possível”, a apontar para a limitação dos recursos econômicos disponíveis na realidade para o atendimento da prestação fática requerida. Como acima referido, inclusive pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, as demandas concretas enfrentarão obstáculo intransponível na reserva do possível quando o montante de recursos vinculados ao pedido for capaz de provocar grave crise financeira, gerando consequências para outros direitos fundamentais importantes (Velloso, 2008).

Não há dúvidas quanto à seriedade e à realidade da reserva do possível como fato que impeça, eventualmente, o reconhecimento de direitos definitivos ao fornecimento de medicação. Todavia, o que não parece razoável é admiti-la sem a demonstração, por parte da Administração, não só da expressão absoluta e relativa dos recursos implicados, como também da correta e eficiente administração dos recursos disponíveis (não faz sentido, por exemplo, alegar impossibilidade de meios financeiros quando o orçamento respectivo não é sequer executado em sua integralidade).

Esses aspectos, objetivando a necessária ponderação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos constitucionais pertinentes ao direito à saúde, precisam de demonstração fática e jurídica, a ser distribuída entre as partes conforme as regras de distribuição do ônus da prova, compreendidas em sua dinâmica contemporânea.

A propósito do ônus probatório, é preciso lembrar sempre que a atenção à saúde é um dever cuja responsabilidade também é da Administração que, de ordinário, possui elementos e meios para informar ao Juízo os benefícios e consequências do eventual deferimento judicial de determinada medicação, não só em relação ao requerente, como à política pública como um todo. Nesse contexto, pode-se invocar a aplicação da visão solidarista do ônus da prova ou da teoria dinâmica dos ônus

probatórios. Uma exposição dessas teorias é fornecida por Márcia Pereira Azário (2006).

A consideração desses elementos é imperiosa para que se leve a sério a força normativa da Constituição em hipóteses tão desafiadoras quanto dramáticas como essas, nas quais estão em jogo direitos básicos, como a vida e a saúde. **(6)** Enfraquecer a proteção judicial aos titulares desses direitos em virtude da legítima e necessária preocupação com os outros princípios e bens contrapostos, ao invés de fortalecer as políticas públicas e o direito à saúde, a todos consagrado, pode conduzi-los ao descrédito.

É tão urgente evitar que a desconsideração de dimensões coletivas milite em desfavor do direito à saúde **(7)** quanto adotar uma compreensão que rejeite a força normativa desse direito fundamental quando individualmente titularizado. A pesquisa de Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari (2008) chama a atenção para as repercussões do deferimento de assistência farmacêutica em litígios individuais para a política de saúde como um todo, num contexto onde a consideração da política pública como um todo foi inadequada.

2.2 Fornecimento de medicação por ordem judicial: diretrizes e procedimentos

A par dessa ponderação de direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais, um juízo definitivo, nas demandas judiciais, que reivindique direitos originários ao fornecimento de medicamentos, requer a análise de elementos fáticos relacionados à situação concreta. Adentrar-se em sua consideração é matéria técnica que vai além do conhecimento jurídico, havendo, portanto, a necessidade de peritos.

Nessa atividade, recomendam-se certos cuidados, visando à mais fiel instrução das ações estudadas. Nesse esforço, são de considerar alguns procedimentos e diretrizes, dentre os quais se enumeram:

- a perícia deve considerar a existência de protocolos clínicos e terapêuticos, no âmbito do Ministério da Saúde, sobre a enfermidade em questão;
- o perito deve manifestar suas conclusões à luz da chamada “medicina das evidências”;
- tanto o perito como o subscritor da prescrição que serve de base para o pedido devem prestar termo de ausência de conflito de interesses, deixando clara sua não vinculação a qualquer fabricante, fornecedor, entidade ou pessoa interessada no processo de produção e comercialização do medicamento avaliado;
- a observância das diretrizes nacionais e internacionais quanto ao uso racional de medicamentos;
- a utilização dos serviços de instituições públicas de ensino e pesquisa para esses fins sempre que possível, tendo em vista seus compromissos institucionais com o atendimento estatal de saúde pública, tais como Hospitais Universitários;
- a possibilidade do fornecimento da medicação na sua apresentação genérica, na medida em que a prestação pode ser satisfeita por meio da via já alcançada pela política pública vigente ou, se a aquisição for possível, com menor ônus financeiro;
- a aprovação da medicação pelo órgão de vigilância sanitária nacional competente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Modalidades de atuação judicial e tutela de urgência

No exame das demandas concretas de fornecimento de medicamentos, no

âmbito do SUS, é preciso atentar para o momento processual e a natureza da proteção judicial requerida, vale dizer, se é hipótese de antecipação de tutela ou de provimento judicial definitivo e se a proteção judicial dirige-se à situação de determinado indivíduo ou é caso de demanda judicial coletiva.

Desse modo, quando se tratar de juízo provisório e inicial a ser proferido em antecipação de tutela, há de se ponderar os requisitos da verossimilhança do direito invocado e da urgência. Nessa hipótese, inexistência cognição exauriente, sendo suficiente prova razoável e demonstração da urgência quanto à prestação jurisdicional. Em se tratando de prestações de saúde, na maioria das vezes, o requisito da urgência se faz presente, sem suscitar maior controvérsia, dada a gravidade do estado de saúde de que costumam padecer os requerentes.

Quanto à verossimilhança do direito, a ponderação dos princípios e a consideração das circunstâncias fáticas, acima indicadas, mostram-se mais desafiadoras. Cuidando-se daquilo que requer conhecimentos científicos abrangentes, cuja apreciação não compete aos leigos, o ideal é a cognição exauriente e alongada, que permitiria juízos mais seguros e referendados por perícias conclusivas, detalhadas e fundamentadas.

Todavia, em muitos casos, não é possível aguardar o tempo necessário para a produção desses elementos, aferíveis apenas após longa tramitação, cuja duração mostra-se incompatível com a urgência imprimida pelo estado de saúde e experimentado pelas partes requerentes. Sendo assim, podem ser suficientes para a antecipação da tutela judicial, antes mesmo de perícia exaustiva, manifestações médicas e informações que demonstrem a propriedade do tratamento demandado, a inexistência de alternativa no âmbito dos recursos disponibilizados no sistema público de saúde e a aprovação do medicamento ou tratamento pela Anvisa.

A urgência da medida, pressuposto para a concessão do provimento liminar, somente se apresentará quando a proteção judicial destinar-se a determinado indivíduo, cujo estado de saúde, em concreto, reclama o fornecimento imediato da medicação pleiteada. Na tutela judicial coletiva, na qual o Ministério Público ou outras entidades legitimadas requerem o fornecimento de medicação para todos aqueles que necessitarem, o litígio se desenha de modo genérico sem, portanto, agregar elementos capazes de demonstrar urgência em concreto.

Conclusões

A concretização do direito à saúde retrata um caso emblemático da luta pela realização dos direitos fundamentais. Ela necessita da cooperação de vários agentes e instituições que atuam desde o desenvolvimento legislativo dos princípios constitucionais informadores da política pública de saúde até sua mais perfeita execução.

As demandas por direitos originários ao fornecimento de medicamentos exigem, de modo ímpar, equilíbrio e amplitude de perspectivas da parte dos juristas e dos operadores do direito, dadas as dimensões, a titularidade e a concorrência de princípios e bens constitucionais envolvidos. O que essa tarefa exige de todos é o compromisso com a força normativa da Constituição, mormente diante de direitos fundamentais sociais tão questionados quanto indispensáveis na realidade. Considerar tudo isso é indispensável para que os direitos fundamentais sejam levados a sério em circunstâncias tão desafiadoras quanto dramáticas, na qual estão em jogo a vida, a saúde e a dignidade humanas.

Referências

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AZÁRIO, M. P. A. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no**

processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2006.

BASTOS, F.; MESQUITA, F.; MARQUES, L. **Troca de seringas:** ciência, debate e saúde pública. Brasília, DF: Coordenação Nacional de DST e Aids/Ministério da Saúde, 1998.

BARROSO, L. R. B. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582. Acesso em: 16 set. 2008.

BIHEL, J. **Pharmaceuticalization:** Aids treatment and global health politics. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_6913/is_4_80/ai_n28477876/. Acesso em: 14 set. 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS):** princípios e conquistas. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2000.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, G. I.; Santos, L. **Sistema Único de Saúde:** comentários à Lei Orgânica da Saúde, L. 8080/90 e L. 8142/90. São Paulo: Hucitec, 1995.

FERRAZ, O. L. M. **De quem é o SUS?** Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.doc>. Acesso em: 14 set. 2008.

GAVARA De Cara, J. **Derechos Fundamentales e desarrollo legislativo:** la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

LEIVAS, G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHADO, J. C. **A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – RENAME.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/janaina_cassol.html. Acesso em: 14 set. 2008.

MARQUES, S. B. M.; Dallari, S. G. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo.** Revista de Saúde Pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Garantia_do_direito_social_a_assistencia_farmaceutica_no_Estado_de_Sao_Paulo.pdf. Acesso em: 14 set. 2008.

MATTOS, R. A. **Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos.** Disponível em: http://www.lappis.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=25&inoid=180&tpl=view_participantes. Acesso em: 14 set. 2008.

MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C.G.S.; LUIZA, V.L. **Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público:** a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr. 2005.

RIOS, R. R. **Direito da antidiscriminação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, I. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 30, 1999.

SCHEFFER, M. (Org.). **Programa Nacional de DST e Sida**: o remédio via justiça um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/SIDA no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005. Série Legislação, n. 3.

SULPINO, F. S. V.; Zucchi, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, v. 41, n. 2, abr. 2007.

TESSLER, M. I. B. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 40.

VELLOSO, A. P. **Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários**: o papel do princípio da universalidade na ponderação de princípios. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artiart/edicao009/andrei_velloso.htm. Acesso em: 16 set. 2008.

Notas

1. Para uma abordagem ampla do direito à saúde na Constituição, salientando outros aspectos, especialmente institucionais e divisão de competências, ver Tessler (1988).

2. Para um histórico e uma conceituação dessa evolução, ver o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança 20.936/DF, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal.

3. Sentença n. T-533, de 1992, disponível em: <http://www.constitucional.gov.co/corte/>, acesso em: 10 de julho de 2006.

4. Para a compreensão da proporcionalidade no âmbito dos direitos fundamentais sociais, ver Paulo Gilberto Cogo Leivas, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2006.

5. O desenvolvimento da política de medicamentos para a epidemia de AIDS é emblemático nesse sentido, como demonstra Mário Scheffer: Brasil, Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. **O Remédio via Justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Série Legislação n. 3, Brasília, DF, 2005.

6. No sentido desta ponderação, com o reconhecimento da força normativa do direito fundamental à saúde, a possibilitar prestações originárias, ver também Janaina Cassol Machado, **A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – RENAME**, 2008.

7. Ver Fabiola Sulpino Vieira e Paola Zucchi, Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, 2007; ver também Ana Márcia Messeder, Cláudia Garcia Serpa Osório-de-Castro e Vera Lúcia Luiza, Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2005.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html>
Acesso em: 04 ago. 2010.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS